

ACLARACIÓN DE VOTO

ORDINARIO DE JOSE FERNANDO LONDOÑO MAYA contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**,
RADICACIÓN N° 76001-31-05-009-2019-00634-01.

Ante el cambio de criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, amerita realizar unas acotaciones importantes, a saber:

La sentencia deja varias inquietudes y vacíos, que considero no pueden pasarse por alto. Un primer aspecto, se refiere a los efectos temporales de las sentencias de las altas cortes sobre todo cuando existe un cambio de precedente, de jurisprudencia o de criterio abrupto, con modificaciones sustanciales del criterio establecido con anterioridad.

Un tema polémico dentro del derecho consiste en si los precedentes tienen efectos retroactivos a casos anteriores, para lo cual tendremos en cuenta el concepto de Overruling Prospective, el cual es definido por Francisco de Paula Blasco Gascó¹ en los siguientes términos:

“... es la acción de un tribunal superior que elimina o modifica la ratio decidendi observada por un tribunal inferior el otro caso similar. Supone, por tanto, un cambio de ratio decidendi, con abandono de la precedente e instauración de una nueva ratio. El funcionamiento del overruling sólo se entiende dentro del sistema jerárquico judicial anglosajón y supone una forma peculiar de modificación o eliminación del precedente, rectius, de la autoridad o vinculación jurídica de la ratio decidendi que configuró el precedente vinculante (binder). Es una prerrogativa de los tribunales superiores respecto del que decidió el caso. Puede ser expreso o tácito. En general su efecto es la creación de una norma jurídica en sentido contrario a la proposición por la que la anterior ratio decidendi obtuvo autoridad respecto de la doctrina del precedente. Como veremos posteriormente, el problema más importante que plantea el overruling o cambio o rectificación de ratio o precedente es el de su eficacia temporal, es decir, su efecto retroactivo o prospectivo. Al cambio de criterio jurisprudencial responde, mutatis mutandis, el overruling.”

¹ Blasco Gascó, Francisco de Paula. La Norma Jurisprudencial (Nacimiento, Eficacia y Cambio de Criterio). Edit. Tirant Lo Blanch. Pág. 97.

Para DURGALA, M. M., citado por Blasco en su obra «Prospective overruling the Common Law», en *Syracusa Law Review*, 1962, vol 14, pág. 55, donde dice expresamente que la interpretación de la ley se convierte en parte de la ley y un cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación.

El mismo Blasco sintetiza los argumentos que sirven de base al carácter prospectivo del precedente:

A) A favor del efecto prospectivo del cambio del precedente se suele invocar una serie de argumentos:

- 1. La confianza generada en la persona que contrata o actúa confiado en una determinada línea jurisprudencial, siempre que dicha confianza esté justificada. Se trata, por tanto, de respetar el principio de seguridad jurídica.*
- 2. La implantación de una nueva política, en cuanto línea de conducta, no necesita tener eficacia retroactiva para ser eficaz.*
- 3. La interpretación de una ley se convierte en parte de la ley misma y el cambio de criterio tiene el mismo efecto que una modificación legislativa o una derogación realizada por el legislador.*
- 4. Las dos funciones que realizan los Tribunales (en nuestro caso, el Tribunal Supremo), resolver el caso y conformar el ordenamiento jurídico se pueden escindir, puesto que los factores pueden ser diferentes: primero se decide si se cambia el criterio; después, si la nueva doctrina se aplica al caso.*

Por su parte Cross y Harris² comentan que en los Estados Unidos se abandonó el principio según el cual la derogación debía hacerse necesariamente retrospectiva.

Así las cosas, si analizamos, el precedente tiene un momento de construcción por el juez constitucional en el que utiliza diversos métodos de interpretación que van desde la ponderación, interpretación sistemática, interpretación finalista, etc.; y el segundo momento en el juez de inferior categoría cuando aplica el precedente, hace un proceso subsuntivo semejante al de la aplicación de la Ley.

Si la Ley, por regla general no tiene efecto retroactivo, salvo casos expresamente señalados por el legislador, de la misma manera, el precedente tampoco podría tener efecto retroactivo.

² Cross, Rupert y Harris J.W. *El precedente en el Derecho Inglés*, Marcial, Pons, 2012, págs. 261 y 262.

En ese sentido, la sentencia pudo modular sus efectos hacia futuro y no cobijar casos formulados con anterioridad a la sentencia.

La sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala que no es posible declarar la ineficacia a pesar de no existir consentimiento informado...sin embargo, deja abierta la puerta del interesado para reclamar daños y perjuicios, hablando de reparación integral, para después decir que puede demandar la indemnización total de perjuicios y termina diciendo que la prescripción se cuenta desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado.

De por sí, encuadrar la situación fáctica dentro del derecho de daños puede tener un tono de cosificación de un derecho fundamental, afectándose la dignidad humana del pensionado, cuando pudo hablar de que el fondo privado de pensiones tendría que compensar la situación a través de una pensión complementaria o adicional, aspecto más acorde con la naturaleza jurídica de los derechos sociales en juego, quedándonos así dentro del concepto de tutela reintegradora y restitutoria³.

Pasando por alto lo anterior, la expresión reparación integral prevista en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, no solo comprende la indemnización de perjuicios, ya que, la indemnización es la especie, siendo el género la reparación in natura o específica. Aún más, la principal forma de reparación es la específica; y, ante la imposibilidad de volver al estado anterior, se procede a la indemnización de perjuicios.

El profesor Llamas Pombo⁴ precisa al respecto:

“Para poner algo en orden en tanto embrollo, si se reflexiona un poco sobre el asunto, creo que se pueden admitir las siguientes conclusiones:

1º) *Reparar* constituye el género al que pertenecen todas las formas de liberar o compensar al perjudicado, de enmendar, corregir o remediar el daño.”

2º) Esa reparación, obviamente, puede efectuarse por muy distintas vías, que requerirán ser adecuadamente denominadas. Y muy principalmente, las dos que clásicamente se mencionan: reparación en forma específica o *in natura*, y reparación mediante el pago de una compensación pecuniaria....”

...

“Sin embargo, el necesario rigor técnico-jurídico obliga, a mi juicio, a ver las cosas desde otra perspectiva, para reservar la expresión *indemnizar* para los supuestos de reparación de carácter sustitutivo-pecuniario, de manera que la indemnización no es

³ Tapia Gutiérrez Paloma, la reparación del daño en forma específica, El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado, editorial Dykinson, Madrid 2013, págs. 123 a 150.

⁴ Llamas Pombo, Eugenio, Problemas actuales de la responsabilidad civil, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2011; Las formas de prevenir y reparar el daño, editorial la Ley, Madrid 2020, págs. 212 a 276.

sino una especie del género *reparar*. La indemnización (o su sinónimo resarcimiento, según hemos propugnado) reparar el daño por una vía muy concreta, que es la de establecer una situación económicamente equivalente a la que comprometió el daño producido, por utilizar las palabras de De Cupis. Cuestión diferente a la estrictamente terminológica que aquí nos ocupa, es que uno no admita la posibilidad metafísica de una reparación en forma específica y se piense, como Fischer, que ante la imposibilidad ‘de borrar lo ya ocurrido’, de eliminar de la realidad histórica del daño ya ocurrido, no hay otra solución que acudir al remedio indemnizatorio pecuniario: “*quod factum est, infectum fieri nequit*. Desde tal perspectiva, reparar equivale a indemnizar porque no hay otra manera de hacer lo primero. Sin embargo, si se admite la posibilidad de repararen forma específica, es obligado concluir que la indemnización es justamente ‘la otra vía’, la del sustantivo económico: todo el que indemniza repara (por equivalente); pero no todo el que repara indemniza, pues existen otras vías de reparación distintas al resarcimiento económico”.

...

“...la restitución de las cosas a su estado anterior o, desde una visión patrimonialista, la recomposición material del activo patrimonial de la víctima es, sin duda, la forma más elemental a forma genuina de reparar el daño”.

“Sin embargo, si tratamos de precisar algo mejor este concepto vemos que, en realidad, siempre resulta metafísicamente imposible retornar al estado anterior, sino que, más bien, en realidad, lo que hacemos es ‘imaginar’ cómo habría evolucionado el estado de cosas en caso de no haberse producido el daño, es decir no tanto contemplar ‘cómo estaba entonces el perjudicado’ como averiguar ‘cómo estaría hoy de no haberse irrogado el daño’, y llevar al perjudicado a dicha situación ideal, hipotética o imaginaria. En otras palabras, construir ‘la situación que, según los cálculos de la experiencia humana y las reglas de lo probable, existiría de no haber acontecido el daño’, idea que va mucho más allá que limitarse a ‘devolver las cosas al estado anterior’ mediante una sustitución estática de activos, pues incluye dentro del perjuicio reparable todo aquello que hubiera podido obtener, realizar o disfrutar la víctima está dentro del curso normal y razonable de los acontecimientos, desde una perspectiva dinámica del patrimonio.”

En el mismo sentido la doctrina colombiana, dentro de los que destacamos JUAN CARLOS HENAO PÉREZ⁵, en el artículo Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacía su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado

⁵ Henao J.C, *Revista de derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, No 28, enero-junio 2015, pp 277-366.

Ahora bien, también surge del derecho de daños el principio que se enuncia: cada tipo de daño tiene su forma de reparación, de lo que deviene que para cada modalidad de daño merece una forma de reparación diferente.

No podemos quedarnos en los términos del artículo 2341 del Código Civil cuando enuncia que todo el que causa un daño debe indemnizarlo, pues, es norma posterior y más moderna la expresión reparación integral que se desprende del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, lo cual se compagina con el derecho afectado por el daño, respecto al cual nos referiremos enseguida.

El derecho afectado con el daño de la falta de información es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho social fundamental de la Seguridad Social, amén de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto, la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado.

Bajo las anteriores caracterizaciones la reparación debe ser de tracto sucesiva, es decir, pagada bajo mensualidades, vitalicia y transmisible a los beneficiarios, pues de no tener esas connotaciones, no estamos en presencia de una verdadera reparación.

El derecho a la pensión es imprescriptible, sólo prescriben las mesadas no cobradas oportunamente, en consecuencia, solo prescribirán las mesadas producto de la reparación no cobradas oportunamente, de lo contrario no estaríamos en presencia de reparación.

Ahora bien, es posible que surjan otros perjuicios concomitantes con la reparación antes prevista, en cuyo caso, la forma de reparación es la indemnización, la cual si está sujeta a la prescripción de cualquier daño.

Hay otros vacíos en la sentencia, verbigracia, ¿si hubo traslado entre varios fondos quién debe indemnizar? ¿Existe solidaridad?.



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Sala Laboral

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

dea138fba9f07acb858cb7f3b062cbb0e8f3a5672202fd3c415a11141f35daa7

Documento generado en 21/05/2021 09:35:41 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>